

## 仮登記の対抗力（二）

——フランス法からの考察——

滝 沢 聿 代

- 一 問題の所在
- 二 フランス法における仮登記（②まで本号）
- 三 対抗力の分析
- 四 結び

### 一 問題の所在

現行不動産登記法の仮登記の制度は、ドイツ法の制度にならって設けられているとみることには問題はないようである。<sup>(1)</sup>これに対し、不動産物権変動の理論はフランス法主義を採用しており、その結果本登記の制度は必然的にフランス的な対抗要件主義を基本原則としている。こうした状況の下で、仮登記制度が果して本来の意図に沿って十分機能しているであろうかは、ごく一般的に考えても疑問の多いところではなからうか。<sup>(2)</sup>

先に私は、対抗要件主義に基づく本来の不動産登記の効力は、同一前主からの競合的な物権の取得についてその優先順位を確定することにあるから、物権ないし所有権取得者は契約締結後出来るだけ早くこれを登記する機会が与えられなければならないのに反し、現行の登記共同申請主義の下では、登記義務者の任意の協力が登記の必要条

件とされているために、登記を望む譲渡人が不当に不利な状況におかれているという状態を指摘した<sup>(3)</sup>。そこでこの不合理を幾分なりとも緩和するためには、より簡便な手段である仮登記の活用が当然考えられるのであるが、その効力については次のような疑問が生じるであろう。即ち、仮登記の中心的効力は本登記の順位保全にあり、仮登記の順位が本登記のそれを決定する<sup>(4)</sup>。この点に異論はない。とすれば、有効な売買契約に基づき不動産を取得した買主が仮登記を取得するならば、その時点で仮登記権利者の権利の第三者に対する対抗力は既に確保されているとみることが出来るのではないかという問題である。このような買主は当然に売主に対して本登記請求権を有するのであるし、仮に二重譲渡が行なわれ第二譲受人が先に本登記を取得したとしても、この者が仮登記権利者からの抹消登記請求を拒めないことは当然の前提とされている<sup>(5)</sup>。本登記がなされなければ仮登記の順位保全の効力も最終的には意味を失うのであるが、それはあくまでも形式上本登記が要求されているからであって、問題はむしろなぜ本登記が要求されなければならないのかの方にある。登記に順位確定的効力以上のものを認めていないフランス法主義の下で、仮登記はいかなる存在意義を持ちうるのか。この点は対抗理論の考察に際して看過しえない一論点となるようにみうけられる。

右のような問題意識の下に、本稿では先ず、フランス法における仮登記制度のあり方及びこれに関する議論を概括的に検討し<sup>(6)</sup>、物権変動の効力を保全する仮登記の明確な位置づけを目ざすことにしたい。これにより先のわたくしの物権変動論に関する比較法的研究に若干の補足をなすことが出来、恐らく、そこで展開した対抗要件主義の理論的把握を更に広い視野から検討し直すことにもなると考えられる。

のみならず、仮登記の効力論は、わが国の学説においても、従来から特に議論の焦点となつて来ている。先ず、仮登記の本質的効力である順位保全の効力の実質的内容に関しては、本登記の対抗力が仮登記の時点まで遡及するとみる対抗力遡及説と、仮登記は本登記の順位を決定する基準となるのみであつて登記の対抗力は本登記実行の時

点から生じるにすぎないとする対抗力不遡及説との間に顕著な学説の対立があった。<sup>(7)</sup> 現在この問題については、後者の見解が通説となっており、仮登記の目的に即した最も合理的な理解として少なくとも改まった反論はみられない状態にある。<sup>(8)</sup> しかし、その中でもたとえば幾代教授は、この両説の対立を評して、「結局は、仮登記に基づく本登記にどの程度の効力を与えるのが合理的かという社会的利益衡量の問題である」と指摘され、現状ではほとんど顧みられていない対抗力遡及説が必ずしも再考に値しない議論ではないことを示唆しておられる。<sup>(9)</sup> 仮に、フランス法においては、仮登記と本登記のそれぞれの効力の間に実質的差異を認め難いという状況があるとすれば、わが国でも仮登記そのものに対抗力を認めると言わないまでも、少なくとも対抗力遡及説の結論の方が妥当ということになるのではなからうか。

また、仮登記自体に何らかの程度で対抗的効力を肯定すべきではないかという観点からの検討は、次の二つの理由から、とりわけ今日的な課題となつていゝといえよう。

第一に、昭和三五年の法改正により新設された不動産登記法一〇五条は、所有権に関する仮登記を本登記に改める際に、登記上利害関係を有する第三者が存在する場合には、この者の承諾書ないしはこの者に対抗しうる裁判の謄本を添付しなければならないとしており、仮登記名義人は、本登記をなすに十分な実体関係が整った場合には、仮登記のままで中間権利取得者に本登記承諾の請求をなしうることになるため、その限りでは仮登記の効力として自己の所有権を第三者に主張しうると解さざるを得なくなつた。<sup>(10)</sup> このような仮登記の効力は、本登記の効力に等しい「対抗力」として把握しうるのではないか。通説の立場からは、これは順位保全の効力から派生する一作用とのみ論じられているが、むしろ仮登記の本質的効力として把握直した方が説明としても勝つていゝようにみうけられる。<sup>(11)</sup>

第二に、最近注目を浴びている非典型担保契約としての代物弁済予約に基づく所有権移転の仮登記の効力の問題

も見落しえない。この場合の仮登記名義人は、実質的な担保権者として、当該不動産に対する後順位担保権者や一般債権者により競売手続が開始された後には、仮登記のままで優先弁済権を主張しうる（但し、本登記承諾請求は認められない）とするのが今日の学説、判例の見解である。<sup>(12)</sup>のみならず、このような担保目的の仮登記は、ストレートに担保物権の本登記とみなすべきであるとの主張もみられる。<sup>(13)</sup>もちろんこのケースを、仮登記が担保的機能を果たす場合の例外的効力とみて、本来の仮登記の効力とは別個に論じることが可能である。<sup>(14)</sup>しかし、形式的にこれが仮登記そのものの効力として機能していることは否定しえないところであり、このような現象をも包含した上で、仮登記理論を統一的に把握する方が望ましいといえよう。

そこで、進んでは、フランス法の考察を手がかりとして一般的な仮登記の効力論に分析をすすめ、仮登記の対抗力及び本登記の対抗力遡及説の可能性を含めて、対抗要件主義を踏まえた上での仮登記権利者の保護のあり方を再検討してみたいと考えている。

(1) 吉野衛「仮登記の一考察」判例評論七九号判例時報四〇四号六四頁以下、またわが国の不動産登記法二条の規定がBGBの仮登記の規定にはほぼ等しいことは、生熊長幸「仮登記について―物権・債権という概念との関係において―」法学三六卷三号八九頁註(1)に指摘されている。生熊論文は、ドイツ法の仮登記制度に関する詳細な研究である。

(2) ドイツ法の仮登記が、請求権の保全という目的によって統一的に把握しうるのに対し(BGB八八三条一項参照)、フランス法的な意思主義の原則により、既に物権変動の効力が生じた後でなされる仮登記（わが国の不動産登記法二条一号参照）の意義については、フランスの不動産登記が順位確定の原則と単独申請主義を基本としている事実にかんがみるときいっそう疑問の余地が大きい。本稿の主たる関心もこの種の仮登記に向けられている。

(3) 滝沢幸代「物権変動における意思主義・対抗要件主義の継受―不動産法を中心に―(五)」法協九四卷七号一一五頁以下参照。

(4) この点を明記した不登法七条二項が、わが国の仮登記の効力に関する唯一の規定である。

(5) 手続の順序については論争があり、後述する不登法一〇五条の成立をみたが、結論自体に異論はない。

(6) もっとも、実をいえばフランス法には一般的な仮登記制度は存在していない。しかし、仮登記と同種の機能、効力を有する登記が個別的規定として民法典中にも一九五五年不動産登記法の規定中にもいくつかおかれており、これらをめぐる判例・学説の議論を通じて、フランス法における仮登記の考え方を知ることが可能である。

(7) 前説としては、末弘敬太郎・物権法上一三七頁、石田文次郎・物権法論二〇四頁、柚木馨・判例物権法総論二二頁、後説としては、板木一郎「不動産登記法七条二項の意義」立命館三五周年記念論文集法経篇二八〇頁、舟橋諱一・不動産登記法八二頁、杉之原舜一・不動産登記法九九頁、幾代通・不動産登記法(旧版・法律学全集)一六六頁、我妻栄・物権法一〇七頁等がある。また、これに対応して判例にも動搖がみられる(後註(8)引用の川島論文参照)。

(8) 幾代通・不動産登記法(新版・法律学全集)三九一頁以下、川島一郎「仮登記の対抗力」総合判例研究叢書一九頁以下、宮本聖司「仮登記」不動産法大系IV三四五頁以下、舟橋諱一・物権法(法律学全集)二〇三頁以下、於保不二雄・物権法上七八頁、鈴木禄弥・物権法講義(改訂版)一三九頁等参照。

(9) 幾代・前掲書(新版)三九三頁参照。幾代教授は、不登法一〇五条の成立により、中間権利取得者が本登記承諾を不当に拒み仮登記権利者を害する恐れが生じたことから、対抗力遡及説を検討し直す余地もあるとつけ加えておられる。その他、舟橋教授が、対抗力非遡及説を正当としながら、他方で仮登記と本登記の間の中間権利取得者はその収取した賃料を不当利得返還すべきであると論じておられることも(舟橋・前掲書二〇五頁参照)、実質的には同様の示唆を含むといえるのではなからうか。

(10) 周知のとおり、不登法一〇五条の新設は、甲↓乙に所有権移転の仮登記がなされた後、甲↓丙に同じく所有権移転の本登記がなされたような場合、乙は甲丙のいずれを本登記請求の相手方とすべきか、乙の本登記と丙の抹消登記との先後関係はどう処理すべきかをめぐっての論争に立法的解決を与えるためのものであった。登記義務者は甲、手続的には同時処理(丙の登記は職権で抹消)という結論になる。

(11) 甲が本登記義務者とされたことにより、必然的に甲↓丙の所有権移転の相対的無効が明文で確認されたことになる。吉野・前掲論文六七頁、幾代・前掲書三九八頁、倉田卓次「仮登記に相対的処分禁止の効力があるか」判例タイムズ一七七号一六二頁以下参照。そこで、一般的に不登法一〇五条の承諾請求権の範囲では「仮登記のままで一種の対抗力がある」とはほとんどの論者が認めている。

(12) 最判昭和四二年一月一六日民集二二卷九号二四三〇頁、最判昭和四五年三月二六日民集二四卷三号二〇九頁、最判

昭和四九年一〇月二三日民集二八卷七号一四七三頁等。椿壽夫「代物弁済予約の対外的効力」不動産法大系Ⅱ六〇〇頁以下、同「債権の担保を目的とする仮登記」不動産登記の諸問題上四四九頁以下、鈴木・前掲書二七五頁、星野・民法概論Ⅱ（第二分冊担保物権）三三二頁等参照。周知のように仮登記担保法の成立をみた。

(13) 椿・前掲論文不動産法大系Ⅱ六〇四頁以下、米倉明・譲渡担保の研究三〇頁参照。なお、この仮登記担保の取扱いが何らかの限度で必然的に仮登記の効力論に影響を与えるという認識は一般的に存在する。

(14) 生熊長幸「仮登記の機能的類別について」民商六九卷四号六九三頁以下参照。

## 二 フランス法における仮登記

既に言及したように、フランス法には一般的な仮登記制度はおかれていない。しかも、民法典等に二、三みられる仮の登記 (*inscription provisoire*) についても、これらをドイツ法ないしはアルザス・ローヌ法の制度に等しい仮登記 (*prénotation*) として統一的に説明しようとする試みは、一般の民法教科書ではほとんどなされていない<sup>(1)</sup>。しかし、一九五五年一月四日デクレによる不動産登記法の大改正の後、手続上の不備により登記が却下された場合や、登記に必要な公正証書の作成に契約の相手方の協力が得られない場合の手当として更に仮の登記の規定が追加されたり、他方では売買一方の予約 (*promesse unilatérale de vente*) や優先契約 (*pacte de préférence*) に公示の道が開かれ、これらの効力が判例上の重要な争点となる等の事情によって、仮登記をめぐる議論はフランス法でも必然的に活発にならざるを得なくなっている。加えて、過去においては、一八九一年に登記制度の調査研究を目的として設けられた土地台帳委員会 (*Commission extra-parlementaire du cadastre*) が、物的編成主義に基づく不動産登記簿制度 (*livre foncier*)、登記主義 (効力要件主義) の原則とあわせて仮登記制度を導入するべく条文化を試みた実績も残されており、フランス法における仮登記を論ずるための資料は不十分ながら一応整っている<sup>(2)</sup>。以下では、仮登記の範疇に含めうると学説が指摘している諸制度を個別的に検討する。

(1) 民法典、民事訴訟法典の仮の登記

i 忘恩を理由とする贈与の撤回の公示<sup>(3)</sup>

フランス民法の贈与には、厳格な撤回禁止の原則の例外として、次の三つの撤回原因が認められている。子のない贈与者に贈与後実子が出生した場合、負担付贈与において負担が履行されなかった場合、受贈者の忘恩行為があった場合である(九五三条参照)。このうち忘恩を理由とする贈与の撤回は、一種の民事罰として性格づけられ、他の二つとは若干異なる制度上の配慮がなされている。即ち、撤回は通常は解除や取消と同様の遡及効を生じ贈与はなかったものとみなされるのに対し、ここでは、取引の相手方の忘恩を第三者が知ることが不可能であり、また忘恩者のみが制裁の効果を受ければ十分であるとの理由から、第三者に対しては当然には遡及効を生じないとされ、撤回の訴えについて公示が要求されている<sup>(4)</sup>(九五八条一項)。その結果第三者は、贈与の撤回の訴えの公示がなされる以前に取得したものについてはこれを返還する必要がない。しかし、訴えの公示の日以後贈与の目的物に対して権利を取得した第三取得者、抵当債権者、物上保証を受けた債務者等に対しては、贈与者は撤回の効果に対抗することが出来、撤回を認める判決の効果は公示の日に遡って生じる。なお、忘恩者に対して撤回が遡及効を生じる場合にも、訴えの提起の日までの果実は取得しうるとされており、その効果は多少緩和されている<sup>(5)</sup>(九五八条二項)。右の公示については、ブーダンが古い一八六七年の判例評釈の中でドイツ法の仮登記との類似を指摘しており、<sup>(6)</sup>これを承けつつ最近の学説も真の仮登記にあたると論じている。<sup>(7)</sup>いずれにおいても必ずしも明確な分析がなされているわけではないが、これらの学説は、その登記が撤回を第三者に警告する意味を持つこと及び撤回を認める判決<sup>(8)</sup>の効果が登記の日に遡及することに注目しているとみうる。

ii 建築家・請負人の先取特権の登記

フランス民法二一〇三条は、「建物、水路又は何らかの工作物を築造、再建又は修復するために雇われた建築家、請負人、石工その他の職工」に対して当該不動産上に特別先取特権 (*privilèges spéciaux*) を認める (同条四号参照)。これらの工事によって不動産にもたらされた増加価値については、彼らに優先弁済権を認めることが合理的だからであり、同条五号は、彼らに支払うための資金を貸与した債権者にも先取特権の代位行使を認めている。従って、先取特権の及ぶ範囲は不動産の増加価値を限度とするところに特色があり、民法は増加価値の認定方法について厳格な規定をおいた。即ち、不動産所在地の大審裁判所の裁判長の指名した鑑定人によって次の二種の調書が作成されなければならない。第一は、工事開始前に不動産の現状を確認する調書であり、第二は、工事完成後六ヶ月以内に作成された工事受取りの調書である。二つを比較した上で増加価値の確定がなされる。また不動産の譲渡があれば、この時点における増加価値の存続を確認するために第三の調書が作成されなければならない。<sup>(9)</sup>

先取特権及び抵当権の一般的公示は既に民法典において実現されているため、その中でこれらの調書についても登記が義務づけられた。二一〇条によれば、建築家・請負人の先取特権の保存には先の二つの調書の登記が必要であり、第一の調書の登記の日から先取特権の効力が生じる。<sup>(10)</sup> 従って、先取特権の順位を決定するのは専ら第一の調書の登記であるから、調書が工事開始前に作成されていても登記されなければ意味がないのに対し、第二の登記の日付は先取特権の保存とは無関係であるために、工事完成後六ヶ月以内という期間も調書作成についてのみ課されることになる。第二の調書の登記は、不動産が債務者の手許にある間は可能とされ、また一般に抵当権登記が阻止されるような事情があっても影響は受けないと解されている。しかし、調書の作成そのものは、増加価値確定のために不可欠であるから、第二の調書の作成によって増加価値即ち先取特権の及ぶ範囲が確定された時点で、第一の調書の登記の日に遡って先取特権の効力が生じることになる。このように、建築家・請負人の先取特権の登記のみが特に仮登記の範疇に入ると指摘されているのは、それが偶々二重の登記を予想しており、先取特権の発生を予



告する意味を持つ第一の登記によってその順位が保全されるという効果が認められているからである。しかし、第二の登記が必ずしも必要条件とされていない点は問題であらう。<sup>(11)</sup>

### iii 法定抵当権 (hypothèque légale) の仮の登記

仮登記 (prénotation) に準ずる仮の登記 (inscription provisoire) という用語は、フランス民法独自の夫婦間の法定抵当権の登記について規定している二二七条に登場する。二二一条は、法定抵当権が付与される五つの場合の冒頭に、「夫婦の一方が他方の財産上取得する権利及び債権」を掲げているが、これは長い間「既婚婦人の法定抵当権」として知られていたものを一九六五年七月一日法によって夫婦相互間に拡張したという沿革を持つ。<sup>(12)</sup> 細目は二二三五―二二三八条が規定しており、そのうちの二二三七条によれば、夫婦の一方が配偶者又はその相続人に対する債権を確認してもらうための訴えを提起した場合には、訴えの提起の時点で自己の法定抵当権の仮の登記を申請することが出来る。原告は有責判決 (jugement de condamnation) を取得すれば当然に登記が可能であるが、訴訟係属中に債務者が引当財産を減少させる危険を考慮し、債権者保護のために仮の登記を認めたものである。従って、訴えが認容された場合には、その判決は、確定後一ヶ月以内に原告たる夫婦の一方の請求によって仮の登記の余白に付記されなければならない。これにより仮の登記は本登記となり、その順位は前者の日付によって決定される。適法な付記がなければ仮の登記は無効となるほか、訴えが棄却された場合には、裁判所は被告たる夫婦の一方の申請によって仮の登記の抹消を命じる。なお、仮の登記それ自体は三年間有効であり、更新も可能である。<sup>(13)</sup> (二二七条三項)。

### iv 保存的裁判抵当権 (hypothèque judiciaire conservatoire) の登記

右の三つの仮の登記とほぼ同じ機能を持つ登記は、一九五五年一月一二日法によって旧民事訴訟法五四条にも導入されている<sup>(14)</sup>。修正された民法四八条以下の規定によれば、緊急の場合で債権の回収が危険とみうるならば、民事裁判所長又は治安判事は、全ての債権者に対し債権担保の目的で債務者の不動産上に裁判抵当権<sup>(15)</sup>の登記をすることを許可しうる。この場合執行名義はもちろん不要であり、更には債権の確実な存在すら要求されない。債権者は、「債権が当初設定されたとみられること」及び「債務者が支払不能になる危険が切迫していること」の二点を証明すれば十分である。裁判官は主張された債権額に従って全額を明示して登記を許可するが、その際抵当権の目的となる不動産を指定する必要はないとされ、登記手続の時点でのみ抵当権登記の特定性の原則に服する。と同時に裁判官は、許可の命令の中で、債権者に対し本案の訴を提起すべき期間を指示しなければならないとされている。従って、右の抵当権登記は、債権者が適法な期間内に本案の訴えを提起し有責判決を取得した場合にのみ効力を生ずることを前提とする仮の登記であって、本案訴訟の取下げ、却下、棄却、期限徒過等の場合には抹消される。民法五四条は、本案の有責判決の日から二ヶ月以内に通常の抵当権登記即ち本登記をしなければならず、これは趣旨的に仮の登記に代わり得ると規定する。即ち、抵当権の順位は仮の登記によって保存される。その結果、第二の登記は、抵当権登記を阻止するような一般的事由があっても妨げないとされている<sup>(16)</sup>。

このように、債権者（とりわけ一般債権者）保護に厚い制度となっている保存的裁判抵当権の登記は、その効果においても本来の抵当権以上に強力であり、むしろ不動産差押のそれに近い処分禁止の効力を生ずる。立法の趣旨は、債権額ないしは債権の存在そのものに争いがあるために訴訟を余儀なくされている債権者に対し、緊急に担保を保障するところにあるのに反し、実際上は本案訴訟が軽視され、柔軟な解釈によってかなり広範囲に活用されているようである。例えば、前述した建築家・請負人の先取特権における二重登記の煩雑を回避するために、債権者はしばしばより簡便で強力な保存的裁判抵当権を利用すると指摘されているほか、仮の登記を債務者に知らせずに

不意をつくなど、単に債務者に圧力をかける目的で利用する現象が批判されている。<sup>(17)</sup>

- (1) G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. III, vol. I, 1971 が索引中の *prénotation* の項目を設けている程度である。仮登記の用語としては、ドイツ語の *Vormerkung* の訳語である *prénotation* が最近ではかなり自覚的に議論にとり込まれているが、本来のフランス法上の制度として認知されているのはむしろ *inscription provisoire* の方である。そこで本稿では後者を仮の登記と訳し、前者を仮登記として区別している。
- (2) 当然のことながら文献も少なく、仮登記そのものを論じたほとんど唯一の論文として P. Roche, *La prénotation, ou inscription provisoire, est-elle compatible avec le système français de publicité foncière?* *Rev. trim. dr. civ.*, 1964, p. 22 et s. がみられるほか、最近の判例評釈のふつてなが *prénotation* と言及している程度である。本稿も教科書、判例のほかはこれらによっている。
- (3) 立法当時の民法典の規定では、九三九条の贈与の贈記(*transcription*)の余白に撤回の訴えの抜粋を記入する(*inscrire*)という手続であったものが、一九五九年一月七日デクレ七一号一条により通常の公示(*publication*)に移された。なお、一九五五年法以後は、従来の贈記は公示(狭義の)という用語におきかえられ、先取特権、抵当権についてだけ登記(*inscription*)という言葉が使用されているが、本稿ではこの点に厳密な区別をせず、公示、登記を一般の用法に従い広義に用いている場合もある。
- (4) 子の出生の場合には、撤回の効果は出生の事実によって法律上当然に生じるのに対し、負担の不履行ないし忘恩の有無は裁判所により認定されなければならないから、両者は裁判上の撤回となる。しかし、第三者は子の出生を予見しうるし、負担の履行の有無は調査することが出来るという理由で、いずれの場合にも撤回による贈与の完全な溯及的消滅が認められている。従って、受贈者又は第三者は、贈与時の現物又は撤回の日の評価による目的物の価額を返還しなければならない。H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. IV, vol. II, 1971, n° 1510-1513, n° 1528-1536; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, par A. Trasbot et Y. Lousouarn, n° 500 et s.
- (5) Mazeaud, *op. cit.*, t. IV, vol. II, n° 1536; Trasbot et Lousouarn, *op. cit.*, n° 514.
- (6) Ch. Bédant, *note sous C. de paris*, 6 mars 1865, D. 1867, II, 25. 本評釈は、公正証書による公示が未だ実

現されていない一八五五年三月二三日法の下で、書信により成立した売買契約の謄記にはいかなる種類の書面が必要かを論じたものである。謄記は第三者に売買の存在を認識させるだけの内容があれば十分とし、このようなフランス法の登記はドイツ法の仮登記に近いが債権の公示ではないこと、登記に公信力が認められていないからドイツ法のような異議登記 (Widerspruch) は必要でないこと等を論じ、フ民九八条の仮の登記が異議登記に類似すると指摘している。

- (7) Roché, op. cit., Rev. trim. dr. civ., 1965, p. 23; E. Frank, note sous Cass. civ. 5 mars 1970, D. 1970, 477 et s.

- (8) 撤回を認める判決の登記は、一八五五年登記法の下では民事罰金の制裁と共に義務づけられており、一九五五年改正法の下でも、公示の欠如の制裁は損害賠償とされている(二八条四号c、三〇—四号参照)。従って、公示の欠如は判決の効力自体には影響しないため、ここでは登記(本登記)の効果が遡及するのではなく、判決そのものの効果が遡及である点に注意を要する。

- (9) Mazeaud, op. cit., t. III, vol. I, n° 423; Marty et Raynaud, op. cit., t. III, vol. I, n° 257 et s.

- (10) 通常不動産先取特権の登記は、それぞれの法定期間内になされた場合には先取特権発生の時に遡って効力を生じ、期間内には登記阻止の事由は生じない点で抵当権登記と異なる。但し、期間経過後に登記された場合は、先取特権は抵当権として保存され、その順位は登記によって決定される。Marty et Raynaud, op. cit., t. III, vol. I, n° 265 et s. これに対し、二一〇条の登記だけは順位決定の効果を持つ点で特殊である。同条の登記の効力については、民法典にも一九五五年一月四日デクレにも規定がないため、解釈に際しては、この点に明瞭な規定を持つ共和暦七年霧月一日法が特に援用され、それによれば第一の調書の登記は工事開始前になされることが必要で、工事中登記されればその時点以後の増加価値についてのみ先取特権が及び、工事完成後に登記されても先取特権は全く効力を生じない。このように手続が厳格なため、この不動産工事の先取特権は実際には余り利用されていなく。Marty et Raynaud, op. cit., t. III, vol. I, n° 270 et s.; Mazeaud, op. cit., t. III, vol. I, n° 423.

- (11) ここでも、第二の登記(本登記)の効果の遡及ではなく、増加価値の確定という実体的効果の遡及が問題となっているわけである。しかし、註(7)に掲げた二つの文献は、民法典のこれら三つの登記を一律に仮登記に含めている。

- (12) 既婚婦人の法定抵当権は、ローマ法、古法を経て民法典にとり入れられた制度であり、フランス民法が長い間既婚婦人を無能力者としていたこと、共通財産制、嫁資制においても妻の権限が極めてわずかであったこと等の理由から存在

意義を認められていたが、他方、夫の全財産上にかかる一般抵当権であり、単に任意的登記が認められるにすぎない隠れた抵当権であるという二大欠陥が批判されていた。その後、既婚婦人の無能力制度が廃止され、夫婦財産制における妻の地位の向上が実現すると共に必要性はうすれたが、一九六五年七月一日法で夫に対しても適用を広げるという形で発展的に存続している。なお、一九五五年一月四日デクレにより、登記による順位決定の原則、被担保財産の特定性の原則に服することになった。Marty et Raynaud, op. cit., t. III, vol. I, n° 203; Mazeaud, op. cit., t. III, vol. I, n° 281 et s.

(13) Marty et Raynaud, op. cit., t. III, vol. I, n° 207; Mazeaud, op. cit., t. III, vol. I, n° 363.

(14) 民事訴訟法は最近新民事訴訟法が施行され大幅に内容の修正を見たが、現行法の下でもこの制度は依然効力を持つ。

(15) 前例の決定抵当権の登記にも裁判官が関与するが、抵当権そのものが裁判官の裁量により付与される点で異なる。民法典では、夫婦財産の管理が他方に移された場合に夫婦の一方のために生じる抵当権(二三八条)、未成年者、被後見成年者が後見人の財産上に取得する抵当権(二二二条)などが裁判抵当権とされている。

(16) Marty et Raynaud, op. cit., t. III, vol. I, n° 273~280 (この制度を *prénotation* とし、詳論する); Mazeaud, op. cit., t. III, vol. I, n° 305 et s.

(17) M. Donnier, *Reflexion sur l'hypothèque judiciaire conservatoire*, D. 1961, C., p. 79 et s.

## (2) 一九五五年一月四日デクレの仮の登記

### i 公示の却下の場合における付記登記

一九五五年改正法以後においても、登記吏が形式的審査権のみを有するという建前は変わらないが、登記吏には寄託(受付)の拒否(*refus du dépôt*)及び公示手続の却下(*rejet de la formalité*)の権限が付与され、その範囲で公示の真正を確保するためのコントロールをなすようになった。公示の申請には、公示すべき証書、判決の謄本抄本又は写しを各二通登記所に寄託しなければならず、うち一通は手続完了を証する付記と共に申請人に返却され、他の一通は登記所に保存される(二四一<sup>(1)</sup>条)。問題となるのは後者の方の書面である。これに当事者の確

認を証する付記がないとか、あるいは不動産がその所在地である市町村を明示した上で個別的に指定されていない等の重大な不備があった場合には受付手続が拒否され、申請人はこれを補正した上で再度手続をし直さなければならない。またこの書面が、当事者及び目的不動産の特定に関する必要的記載事項のどれかを欠いているような場合には、申請書の寄託が受付けられていても公示手続は却下される<sup>(2)</sup>。即ち、登記吏は公示のための帳簿に書類を編綴することを控え、受付の日付から一ヶ月以内に不備を指定した上で申請人にその旨の通知をしなければならぬ。その際登記吏は、不動産票函に《手続待ち》(formalité en attente)の付記をした略式の注記をする。その後通知を受けた申請人が一ヶ月以内に指摘された個所の訂正をした場合には、《手続待ち》は終り、登記済証が返却され、公示は最初の寄託の日付で効力を生じる。但し、当事者は記載の誤謬を訂正する書面を追加することが出来、この場合には訂正部分については後の書面の寄託の日から公示の効力が生じるとされている。一ヶ月以内に補正ないし訂正がなされなければ、登記吏は一週間以内に最終的な却下の通知をする。これに対しては、申請人は一週間以内に大審裁判所の裁判長に不服申立をすることが出来る<sup>(4)</sup>。却下が不当と判断され無効とされた場合には、公示手続が行なわれるが、その効果は当然寄託の日付に遡る。

右の公示の却下という手続の過程において、申請書の寄託後不動産票函になされる《手続待ち》の付記は、後の訂正により手続が完了すればその効果が寄託の日付に遡るという意味でまさに仮登記にあたと解されている。即ち、この付記が本登記にあたる公示の順位を保全するわけである<sup>(5)</sup>。

## ii 公示に必要な公正証書が得られない場合の仮の登記

公示される証書を公正証書 (acte authentique 公証人の作成した証書の他に行政の証書、判決を含む) に限ったこと(四条一項参照)は、一九五五年法による大きな改革の一つである。当時私署証書による売買は相当多数であ

り、その場合、いかなる範圍の書面ないし契約内容が謄記されるべきであるかがしばしば訴訟上の争点となつてゐた。これらの契約に公証人の介入を義務づけることが立法の意図であり、これにより公示の信頼度は極めて高いものとなつた。<sup>(6)</sup>ところで公正証書(より正確には公証証書)の作成には、契約当事者双方が公証人の事務所に出頭して契約をし直すか又は両当事者が私署証書の内容及び署名を承認した上でこれを公証人に寄託することが必要である。従つて、もし一方当事者がこれを拒むならば、私署証書により完全に効力を生じているはずの売買も公示しえないために第三者に対抗しえない結果になる。改正後はこのように公正証書作成を拒まれた当事者の利益を保護する必要が生じ、一九五九年一月七日デクレ八九号によつて救済方法が立法化された。<sup>(7)</sup>同法により修正された一九五五年デクレ三七—2条は次のような規定である。

《次に掲げる書面であつて、公示に服するか又は公示を認められた証書が添付されるか又は文字通りに転記されているものは、その証書が公正証書によつて作成されていなくても、同一の条件で公示しうる。<sup>\*</sup>

- 1° これらの証書の公正証書による反復又は実現を取得することを目的とする裁判上の請求。
- 2° 契約の相手方又は約束者が反復又は実現の手続をしていないか又はこれを拒否していることを確認する公証人の調書。

- 3° 反復又は実現を要求する受益者の意思の公正証書による表明。

<sup>\*\*</sup>三〇条の規定は、手続が三年の期間内に公正証書又は反復もしくは実現を確認する裁判所の判決の公示を伴つた場合には、その手続の日から適用される。訴訟継続中は、この期間は、担当裁判所の裁判長が出す一つ又は複数の順次の命令を公示することによつて延長しうる。》

\* 前項中の登記方法に関する規定を指す。

※三〇条は、「公示しなければ第三者に対抗しえない」という登記の中心的効力を規定する。

これによれば、一〇三号の書面を公示する手続は、後の本登記にあたる公示の効力を手続の日まで遡らせるものであり、順位保全的効力を持つという意味で、先に列挙した諸例と同様にこれを仮登記に含めることが出来る<sup>(8)</sup>。しかも、まさに物権変動そのものを第三者に対抗せしめるための仮登記であるから、フランス法主義と仮登記との関連はこの問題を通じて最もよく把握しうることになる。しかし、本条を適用した最近の判決のいくつかを通して見る限りでは、実際の運用において本条の公示を仮登記として性格づける意義はほとんどないと言わざるを得ない。例えば、典型的なケースとして次のような例を挙げうる。

① C. de Bordeaux, 11 mars 1965, D.S. 1965, 481; Gaz. Pal. 1965, 202.

事案は不動産の二重譲渡であり、第一売買は一九六二年三月二十九日に売主の受任者を介して私署証書によりなされた。代金の一部が支払われ、残額は公正証書作成の日を支払うとされたほか、売主が他に住居をみつけるまで地上建物の使用を認めるとの特約がある。他方、売主は自身で四月一六日に本件参加人と公正証書による第二売買の契約をし、これは五月四日に登録(enregistrement)、五月五日に公示された。売主が公正証書を作成しないので、第一買主は二度にわたって公証人の許への出頭を催告した後更に訴訟を提起した。訴えは三七―2条一号に基づいて一九六二年四月二八日に公示され、同年二月一八日に売買の有効を認め公正証書の作成を命ずる一審判決がなされた。売主及び第二買主が控訴し、四月二八日の公示は三七―2条の要求している売買契約書の添付又は転記を欠き、呼出状(assignation)の写しに目的不動産の説明と土地台帳への照合を付したのみで不適法なものであるから、第一買主は優先しえないと主張する。

これに対し本判決の判旨は、「仮登記又は仮の登記は、仮登記権利者の主張する権利を公示し保存して、後にこれが裁判上承認された場合には同一不動産上に競合する権利を取得した第三者に対し遡及的に対抗せしめるものである」と仮登記を定義した上で、第一買主の仮登記は、確かに法の要件を満たしていないが、第三者に知らせることが重要であるのは主張されている物権の目的物とその性状であって、その他の契約条項は当事者間でのみ利益があり不動産公示については重要ではないから、「従って、デュコの仮登記は適法であり、後から同一不動産上の取得名義を公示し、かつ同一前主からその権利を取得してい



るピエール夫妻に対抗しうると解することが適當である。一九六二年四月二十八日のデュコの仮登記は、裁判長命令による延長がない場合には、三七―二条が規定するように一九六五年四月二十七日に失効する。従つて、それは審理中及び本判決の言渡までは効力を有する。」と論じている。

右は仮登記そのものの効力が争われたケースであるが、その他に委任契約の効力、売主が賃借人であつた第二買主に与えた優先契約の効力も実体的争点となつており、判旨は二点共第一買主に有利な結論を出しているものの、判決自体は未だ確定しているわけではない。然るに、判旨はこの点を十分踏まえた上で、仮登記が有効であれば「同一不動産に関して同一前主から取得した自己の権原を後から公示した者に對抗しうる」と極めて簡明に論じている。本判決のガゼット・デュ・パレの評釈者も同様に、三七―二条一号の公示が第二売買の公示の日付より前であるから、三〇条の規定により第二売買は第一買主に對抗しえない。」とわり切つて<sup>(9)</sup>いる。即ち、最終的に判決が確定し本登記がなされることを条件としての含みは全くみられないし、いわんや仮登記のみの時点では、遡及的失効は別として第二買主が有効な取得者となるべきであるといった議論は一切考慮されていないのである。ちなみに、本判決の裁判長をとめたのは、仮登記に関する唯一とも言ふべき論文を發表しているポール・ロシエであり、それ故判決は三七―二条の公示をストレートに仮登記と呼んだ極めてユニークなものである。判決文中にみられる仮登記の定義も言うまでもなく妥当なものであるが、その論理が事案の解決に何らかの意義を持ったことは認めえない。

② Cass. civ. 5 mars 1950, D. 1970. 477.

第一譲受人は本件農地を某不動産会社から交換によつて取得した。しかし、私署証書による契約であり、会社が公正証書の作成を拒んだので譲受人は訴えを提起し、譲渡の有効を認める一、二審判決を得て訴訟は確定した。その後に至つて会社は、同じ農地を公正証書によつて第二譲受人に売却し、売買は一九六六年八月九日に公示された。他方、第一譲受人は、一九六六年五月九日の二審判決を公示しようとしたが、土地台帳への記入に必要な測量調査がなく、またそれを得るために必要な譲渡

人の協力も得られなかったので、やむを得ず一九六六年八月八日に二年余り前の訴提起時の呼出状を公示したところ、第二譲渡が翌日公示されたので改めて優先を主張して本訴に及んだものである。一、二審共第一譲受人の公示を有効とし、確定判決の公示までの保存的効力を認めた上で、この公示の実現までは判決を延期し、譲渡人たる会社に対し罰金強制 (*astreinte*) 付きで公示に必要な測量調書作成への協力を命じた。第二譲受人が上告し、第一譲受人の三七―二条による公示は、判決が既に言い渡されこれ自体の公示が可能になった時点でなされているから不適法であり効力を有しないと争っている。

判旨は、「既に言い渡された確定判決の公示がない場合に、その後になされた訴えの公示は、法文により禁じられていないので、三七―二条に従って三年の期間内に公正証書又は反復又は実現を確認する裁判所の判決が公示されることを条件として、それ自体で手続の日から独立して保存的効力を生じ、第三者に対する対抗力を有する。」と述べる。

右の破毀院判決では、本案判決の言渡後に三七―二条一号の公示をなしうるかという法文の何ら明示しない問題が争点となり、判旨も評釈者も共に法が積極的に禁じていないことを理由としてこれを肯定している。しかし、傍論としてであるが、破毀院が「公示はそれ自体で手続の日から第三者に対する対抗力を有する」と論じていることは見落しえない。更に、興味深いことに原審判決は、三七―二条の公示の仮登記としての性格を尊重して本登記まで判決を延期するという処置をとっている。理論的には筋の通ったこの解決が実質的に持ちうる意味はどのようなものであろうか。判決も当然第一譲受人の優先を含んだ上で、単に手続の完成を待ったというにすぎず、仮登記自体の効力についてはそれ以上には何も判断していないのである。

③ *Cass. civ. 18 avril 1967, Bull. civ. 1967, I, n° 130, p. 95.*

上告人は不動産組合 (*société civile*) から抵当権付不動産を売買により取得し、三七―二条の公示をした者であるが、組合と抵当権者との間の債権を確認した判決に対して第三者異議 (*tierce opposition*) を申し立てた。抵当権者が不受理の抗弁 (*fin de non-recevoir*) を主張したのを原審が容れたので争っている。上告人の実体法上の地位を論じるために判旨は三七―二条にふれ、「本条によれば、不動産売買の反復又は実現を確認する裁判所の判決の公示は、一定の条件の下で訴えについてなされた公示の日から効力を生じる。」と述べた後で、原判決が不動産の買主は参加申立以前に売買を公示していなかったの

で売主に代理されていたとし、三七―2条の公示は物権の最終的存在を確認する謄記の効力は持ちえないと判断した点を法令違反として破毀した。

ここではまさに仮登記権利者の実体的地位が具体的な争点となっているが、仮登記権利者に本件のような参加を認めることの可否はおくとしても、参加を認める破毀院の趣旨が仮登記者を物権取得者と同等にみなすところにあるのはその抽象論からも明らかであるといえよう。

④ Cass. civ. 20 juill. 1965, D.S. 1965. 757; Gaz. Pal. 1966, I, 41.

第一譲受人は私署証書による売買によって不動産を取得したので、公正証書作成のため公証人の許に出頭するよう売主に催告した。続いて公証人の作成した無資産調書 (Procès-verbal de carence) が公示され、その後売主は破産した。破産管財人は本件不動産上に総債権者のための抵当権を登記したが、原審は、公示された無資産調書には私署証書による売買の登録の日付が記載されているので第三者に知らせるには十分であり、売買は債権者団体に對抗しうるとした。売主及び破産管財人の上告に対し、破棄差戻。

右の事案における第一売買の日付は、一九五八年九月二八日、無資産調書の公示は同年十一月一日、債権者団体のための登記は一九五九年六月一二日付である。従って、問題は一九五九年一月七日デクレ以前のものであり、一九五五年法が本件におけるような公示を認めていないことは判旨のいうとおりである。但し、J・マゾー評釈は、<sup>(11)</sup>一九五九年デクレ以後は同法を適用すべきであるとの前提に立って、修正された三七―2条によれば本件のように公正証書作成の催告をした旨の記述を含む無資産調書の公示も可能であるが、その場合には私署証書の添付か又はその内容の文字通りの再録を要するので、これを欠く本件の公示は効力を生じないと論じている。即ち、本件は仮登記が無効とされたケースであるが、理由は専ら手続面にあり、解釈の限界を画するような例であった。ここではむしろ、評釈者が、原審は衡平の観点から第一買主の公示を有効にしていると指摘した点に注目しておきたい。<sup>(12)</sup>私署証書の添付又は転記の要件を緩和した次のような例も出ている。

⑤ Cass. civ. 14 mars 1967, Bull. civ., 1967, I, n° 101, p. 73.

事案は典型的な二重売買で、公正証書によつた第二売買は一九六一年六月一七日に公示されたが、第一買主の方は反復を求める呼出状の公示を同年四月一日にしており、これには売買の目的物と代価に合意する買主側の代理店の手紙の一通が記載された。原審が売主のものも含め手紙の全部の転記を要するとしたのに対し、法の要求は契約に関係しない書面には及ばないとして破棄差戻。

同じ問題は、①例として挙げたボルドー控訴院判決の主たる争点でもあった。同例では、第一買主のした仮の登記は、呼出状に土地台帳の記載事項となるような不動産関係の記述が添付されただけの不備なものであったにもかかわらず（第一売買の日付や売買価格さえも明示されていない）、判旨は第三者に知らせることが重要であるのは主張されている物権の目的物と権利の性質であつて、その他の付随的契約条項は当事者間でしか意味を持たないと論じ、仮登記を有効としている。

三七—二条三号の要求する私署証書の添付又は転記をどの程度厳格に解釈すべきかは恐らく今後も一つの重要な論点となるであろう。またその場合、判旨が言うように、第三者が知る利益のあるのはどの範囲の事項かという判断基準に依ることが妥当な解決を導くであろうことも確かである。しかし、いずれの場合にも、もし仮登記が有効であるならば売買は直ちに第三者に対抗しうるものであり、公正証書による公示の効果との差異は判文上は全く認められていないのである。

仮登記もしなければ第三者に対抗しえないのは言うまでもない。次例はこのようなケースである。

⑥ Cass. civ. 22 fév. 1977, D.S. I, 248.

売買<sup>13</sup>予約の受益者が三七—二条に規定されている公示の権限を行使しなかった場合には、彼はその譲渡を約束者の債権者で債務者の不動産上に有効に裁判抵当権を取得した者に対抗しえないとした原審裁判所の判断は正当である。

仮登記していれば対抗しうるという結論になることは明らかではなからうか。

三七―2条の仮登記は、前述のように一九五五年法の公正証書による公示という制度の下で、当事者の一方が公正証書の作成に協力しないために公示しえないという不利な状況が生じうることに対処したものである。<sup>(14)</sup> 意思主義の原則からは、これは取得された権利の保全という当然の要請によるものといえよう。しかし、公示の確実と信頼性のために要式性の必要を肯定したとすれば、修正は同時に後退を意味することは明らかである。むしろ契約作成への公証人の関与を一律全面的なものとし、当事者がめんどろな感じを持つ余地をなくすべきであって、妥協的な仮の登記を認めて問題を複雑にすべきではないという批判もみられる。<sup>(15)</sup>

### iii 仮登記の機能を持つその他の公示

学説が明確に仮登記と指摘している三七―2条の公示が、その実態においてほとんど仮登記としての意義を示していないのに対し、一九五五年法が規定する本来の登記（第三者に対抗しえないというサンクションを持つもの）以外の公示のうちに、機能的にみて仮登記により近く、フランス法に一般的な仮登記制度を導入する必要があるという議論の契機をなしている一連の公示が認められる。<sup>(16)</sup> この問題は専ら最近の判例評釈がとり上げて論じているので、二つの重要な判例の紹介を通してその概要を把握しておきたい。

#### ⑦ *Cass. civ. 14 nov. 1967, J.C.P. 1968. II. 15624; D.S. 1968. 77.*

売買予約が受益者により受諾された後で、売主はレジオンを理由に契約を解除した。しかし、売買自体が公正証書によっておらず、公示されていない上に、解除の訴えについても一九五五年法三〇条の規定する公示はなされなかった。そこで買主（受益者）が訴えの不受理の抗弁を提出したが、原審は特定承継人は公示の欠如を主張しえないとして却下した。破毀院は、公示の相対効の原則によれば公示されない契約の解除を求める訴えの提起は公示の対象とならないこと、売買自体が公示されていないのであるから、目約不動産は第三者にとっては依然売主の財産に属するのであり、解除の訴えによって害される危険はないとして原審の判断を支持した。

一九五五年法三〇—5条は、「公示すべき証書から生じる権利の解除、撤回、取消又は解約を求める訴えは、それらが二八条四号—cの規定に従って公示され、かつ、この公示が保存吏の証明書又は公示の付記をした請求の写しの提示によって証明されるのでなければ、裁判所に受理されない。」と規定している。二八条四号—cは、契約又は死因処分の解除、撤回等を求める訴えの提起又はこれを確認する証書又は判決が義務的公示に服することを規定したもので、公示の欠如の制裁は、別に三〇—4条により損害賠償とされている。そこで、例えば売買契約の取消又は解除を求める訴えは、損害賠償と訴えの不受理という二重の制裁によって公示を義務づけられているのであるが、少なくとも後者の制裁を規定した三〇—5条は、判例によってほとんど骨抜きにされているようである。本件⑦例判決の評釈は、公示は弁論終結時までにはすればよい、上訴でなすことも可能、裁判所は職権によって公示の欠如を採用しえない等の先例に加えて、本判決が公示すべき証書の解除・撤回等を求める訴えも本来の証書自体が公示されていない場合には公示を要しないと判断し、三〇—5条の適用範囲を狭めようとする従来からの傾向を更に前進させたことを指摘している。<sup>(19)</sup> 第三者の保護という不動産公示の目的からいえば、訴えの提起の公示義務をほとんど無意味にする本判決のような解釈が妥当でないことは明らかである。<sup>(20)</sup>

ところで、権利の遡及的無効の危険を第三者に警告するという公示の機能は、現行の三〇—1条四項、三〇—5条等によるよりは、仮登記制度を導入することによっていっそう有効に果されると先の評釈者ダゴは論じている。解除等の訴えの提起が公示されたとしても、実際には第三者は登記簿を確認する以前に契約してしまうことが多いし、裁判抵当権や法定抵当権のように当事者の意思によらずに権利が取得される場合もあり、警告的機能は必ずしも果されえない。<sup>(21)</sup> しかも、一度訴えが成功した場合には遡及的無効は当然の帰結とされる。こうした不都合に対処するために、もし仮登記が採用されるならば、解除等を求める訴えの提起を仮登記し、これを認める判決の公示と共にその効果が先の仮登記の時点にまで遡るといふ解決が可能になると論者は主張する。遡及的無効の可能性が何

ら第三者に予告されていないのに当然に遡及効を認めることは出来ないが、仮登記によつてそれが警告された場合にその時点までの遡及効を肯定することは合理的だからである。<sup>(22)</sup> 一般的な仮登記制度によるならば、三〇―5条が列挙的に公示事項を規定したために、不動産所有権確認の訴えなどが公示不要とされるような不都合も生じなくなる。

このように、一九五五年法における義務的公示のうちでも、「第三者に対抗しえない」という制裁的効力を伴うものの以外については、その目的あるいは機能が専ら警告的作用にあるために、これを仮登記制度に代わるものともみることが出来、むしろこれを本来の仮登記のシステムに発展させた方がより実効性があるのではないかという問題提起を生む。同様の見方は、三七条が規定する任意的公示についても可能のようである。

⑨ Cass. civ. 4 mars 1971, J. C. P. 1972, II, 16983.

一九六三年八月に被告は原告不動産組合に対し所有不動産の一部を公正証書により売却した。売買契約には、売主が当該不動産の残部を売却する場合には原告組合を優先させるとの約款が付されており、この売買契約は優先契約を含めて一九六三年八月二十九日に公示された。然るに売主は、一九六六年一月八日不動産の残部を優先契約を無視して第三者に売却し、公示がなされたので、不動産組合は売主及び取得者に対して売買の無効と損害賠償とを請求して本訴を提起した。原審は、「公示が義務的でなく、これを欠いても制裁はなく単に利用者情報を与えるためにのみなされる優先契約の公示があつても、それだけでは売主と取得者との間の詐欺的共謀 (collusion fraudulente) は推定されず、反対の立証も可能な悪意の推定がなされるのみである。」と述べ、後の売買は有効で不動産組合にも対抗しうるとして、売主に対し一万フランの損害賠償の支払いのみを命じた。破毀院は、三〇―1条三項の挙げる処分権の制限の公示は、公示されれば直ちに第三者に対抗しうるものであり、不動産に関する優先契約も同様であるとして破棄差戻。

優先契約の存在を無視して第三者になされた売買契約の効果が争われたケースであるが、たまたま優先契約が公示されていたために、破毀院はこれをストレートに公示の問題として処理し、公示は第三者に対抗しうるからその後の売買契約は無効であるとした。しかし、優先契約の公示に関しては一九五五年法には明文の規定がなく、学説

はこれを売買一方の予約などと共に三七―1条の任意的公示に含めている。<sup>(24)</sup>従って、公示しなくても何ら制裁はなく、逆に公示しても第三者の悪意が推定可能になるというだけである（悪意の第三者に対する損害賠償請求は可能）。これに対し本判決は、優先契約を二八条二号が義務的公示に含めて列挙した処分権の制限とみなし、公示すれば第三者に対抗しうるとの結論を引き出した（三〇―1条三項参照）。

評釈には全面的賛成もあるが、<sup>(25)</sup>ダゴは、処分権の制限は直接物権ないし所有権の制限をもたらすのに対し、優先契約はそうではなく一律に論じえないこと、もしこれに二八条二号を適用するならば、少なくとも売買一方の予約については任意的公示事項とした三七―1条一号の規定が無意味になることを指摘し、一九五五年法の解釈から判旨のような結論を導くことは非論理的であると批判している。<sup>(26)</sup>判旨が優先契約の効力を強化し、これを義務的なものにしたと考えていることは明らかであるが、それを実現するならば立法によるべきであって、その場合には必ずしも現行の不動産登記のシステムと相容れないことはないというのがダゴの見解である。

優先契約の公示の強化が破産院の明示の方針として打ち出され、学説の大勢もその結論自体には賛成であるという事態は、公示の効果における悪意者排除説の台頭、第三者の債権侵害に対する厳格な制裁等に現われているフランス法独自の契約尊重の精神というコンテキストの中に位置づけることが可能であろう。ところで事案におけるような優先契約の公示に第三者への対抗力を認めるという解決は、その実質において債権保全のための仮登記の必要を肯定したということにはほかならない。評釈はいずれもこの点には言及していないが、一般的な仮登記制度の導入が実現した場合、優先契約の効力は、その履行としての売買契約の公示の効力が優先契約の公示の時点まで遡及するということかたちで最も確実にまた論理的に保護されうる。現行法の用意した三七―1条の任意的公示では、ほとんど実効性ある機能は期待しえない。

しかし、この任意的公示の無力をカバーするために、本判決のように直ちに優先契約の公示にも対抗力を認め



るとしたならば、結果的にみて受益者の地位は、少なくとも対外的には本来の買主のそれと全く等しいものになるのではなからうか。未だ何ら物権を取得していないにもかかわらず、第三者のした適法な売買契約を無効(優先契約の受益者に対する無効)に出来るといふ解決は、実質的に考えても行き過ぎと言わざるを得ないし、ダゴの指摘するように「同一不動産について同一前主から競合的に物権を取得した者の順位を決する」といふ対抗の理論を全くはみ出していることも明白である。優先契約受益者の保護が契約者(売主)に対する損害賠償請求だけでは不十分であるとすれば、ここに当然持ち込まれるべきである仮登記の制度について学説及び実務の関心が深められることが不可欠となるであろう。<sup>(27)</sup>

- (1) 先取特権、抵当権の登記の場合には、これらの権利を生ぜしめる証書又は判決の原本、正本又は抄本と二通の明細書(bordereau)の提示を要し、明細書の一通が保存される。民法典二四三八条参照。Marty et Raynaud, op. cit., n° 616; Mazeaud, op. cit., t. III, vol. I, n° 196.
- (2) 受付拒否及び公示手続却下の事由は、三四—2、三四—3に列挙されているほか施行デクレ(Décret du 14 octobre 1955)、民法典等にもまたがっている。いかなる種類の不備がそれぞれ拒否及び却下の理由となるかの基準は明確でなく、一般的には重大、明白な不備は拒否の事由となり、受付後発見されうような軽微な不備は却下事由となると考えられるが、規定はむしろ恣意的であると評されている。Marty et Raynaud, op. cit., n° 623 et s.; Mazeaud, op. cit., t. III, vol. I, n° 698.
- (3) 一九五五年改正法により創設された公示の分類と検索のための手段で、土地票と人名票とから成り、土地台帳と対応せしめられている。Marty et Raynaud, op. cit., n° 607 et s.; Mazeaud, op. cit., t. III, vol. I, n° 700.
- (4) 受付の拒否については救済方法が規定されていない。重大明白な事由による場合だから不要と解されており、登記吏に個人的に損害賠償請求しうのみである。しかし、むしろ拒否の場合の方が救済の必要が大き。Mazeaud, op. cit., t. III, vol. I, p. 966 (Lectures).
- (5) 但し、仮登記にあたる不動産票函への付記は厳密な意味での公示ではないこと(前註(3)参照。真の公示は受付簿と公示簿によってなされる)を指摘しておく必要がある。機能的にはともかくとして、制度本来は第三者に警告する

ためというより、手続の便宜が目的とみうる。即ち、受付の日付は当然に公示の日付になるものであり、この場合既に受付は済んでいるのであるから、付記は順位の保全というよりは、解除条件付で予め公示の効力を認めたものとみる方が適当である。J. Guyenot, *La valeur du nouveau système français de publicité des mutations immobilières*, J. C. P. 1958, I, 1435, n° 55.

(6) 公証人による契約書には不動産所有権の系譜が正確かつ十分に明記されるからである。R. Nerson, *La «solenisation» de la vente d'immeubles*, *Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, 1964, p. 408.

(7) 立法の直接の目的はやはり売主の二重譲渡から第一譲受人を保護することにある。Mazeaud, op. cit., t. III, vol. I, n° 686, p. 584.

(8) 本法の解説は『《une sorte de prénotation》と訳す。E. Becqué, *Les modifications apportées à la nouvelle législation de la publicité foncière*, J. C. P. 1959, I, 1495 bis, n° 45.

(9) ダロスの評釈はロンハの論文(一註(1)参照)を引用するのみである。

(10) E. Frank, D. 1970. 477. 評釈は、法文から導きえない結論を比較法的考察から引き出すべく、三七二条の公示の仮登記的性格を確認した上で、ドイツ法、フランス・ローヌ法の仮登記を援用し、終局登記が不可能な本件事案のような場合にこそ仮登記を認めるべきであるとす。また将来、任意的公示に代わる一般的仮登記の創設を予想している。

(11) J. Mazeaud, D. S., 1965. 757.

(12) 三七二条の立法以前には、第一買主の優先が妥当であっても公正証書による以外の公示は法文上不可能であった。公正証書を求める訴えの提起を任意的公示として公示しうるかが争われたケースもあったが判例は否定した。Trib. Segré, réf. 12 mars 1958, J. C. P. 1958, éd. N. II, 10588.

(13) 売買の双務予約は民法典一五八九条により売買に相当する。

(14) 公正証書作成を拒むのが多くの場合売主の側であることはここにとり上げた数件からも窺いうるが、買主の方が拒む場合ももちろんあり、地役権設定や公道境界面定行為(alignement)などによる不動産の減価が発見されたことを理由とするものが多々ある。René Verdot, *Le «compromis de vente» sous seing privé dans la vente d'immeuble, L'immeuble urbain à usage d'habitation—Etude de droit privé*, 1963, n° 29.

- (15) Nerson, *op. cit.*, n° 29.
- (16) フランス法の不動産公示は、義務的公示と任意的公示に大別しうる。前者のうち、本来の公示以外のものは、公示欠如の制裁として民事罰金、損害賠償（公示義務を負う公証人等に対する）、訴えの不受理を伴い、物権変動の効力とは何らかかわらない。これらは一括して単なる *information* のための公示と呼ばれており、問題はここが生じる。Marty et Raynaud, *op. cit.*, t. III, vol. I, n° 731 et s.; Mazeaud, *op. cit.*, t. III, vol. I, n° 712 et s.
- (17) 一九五五年法の導入した改正の一つであり、前主の権利変動が公示されていないと公示しえない（公示の連鎖を要求する）という原則。相対効という用語は必ずしも適当でないが、*principe de l'effet relatif de la publicité* と呼ばれる。
- (18) 他に、解除、撤回、取消が遡及効を生じる場合には、これらを生ぜしめる条項が法文中に規定されているか又は予め公示されていなければその効果を特定承継人に対抗しえないとする三〇—一四項があり、解除原因の公示を目ざす。
- (19) M. Dagot, J.C.P. 1968, II, 15624.
- (20) 判決の背後には、フランスの裁判所の一般的傾向としてよく知られている二点、即ち、フォルマリテを回避する、全てを民事責任の問題として解決しようとする、を指摘しうるとダゴは論じている。
- (21) 三〇—一四項の公示（前註(17)参照）では、法定原因は公示されないし、債務不履行、レジオンの有無などを第三者が知るすべはない。
- (22) 解除等の遡及効については明文の規定はなく、意思主義による物権変動の原則の裏面として当然の帰結と解されている。遡及効の制限という議論は余り一般的とはみられず、評釈者の提案は極めてユニークであるが多くの示唆を含んでいる。
- (23) Cass. civ. 10 oct. 1966, D. S. 1967, I, 1. 不動産所有権確認の訴えが公示されていないので不受理とされたケースであるが、学説は、三〇—一五条は制限的列举の規定であり拡張すべきでないという理由でこの結論を批判する。しかし、所有権回復、所有権確認の訴えなども公示の利益はあり、列举しなかったのは不当と評釈は指摘する。cf. Note de J. Mazeaud, *loc. cit.* 他に、賃貸借の解約の訴えについて公示しなくても不受理のサンクションはないとした判決（Cass. civ. 1er juin 1964, D. 1964, 590）もみられるが、同じ問題を含む。
- (24) 売買一方の予約と優先契約は共に債権契約であるという点で同一に論じられて来た。Marty et Raynaud, *op. cit.*,

t. II, vol. I, n° 112; Mazeaud, op. cit., t. III, vol. I, n° 664. 三七—1条が列挙するのは、売買及び一年以上の賃貸借の一方的予約と法定地役権の行使に関する約定の二種である。しかし判例・学説共に意図的公示の列挙は嚴格に解する必要はないとし、共有の主張の訴え（共有者の一人が単独でした売買契約の一部無効を主張する）の提起を公示することも可能とする。Trib. Seine, 26 nov. 1958, Gaz. Pal. 1959, I, 187. 尤も反対の判例もあった（前註（11）参照）。公示されれば第三者の悪意が推定され、民事責任の可能性を生じる。

(25) E. Frank, D.S. 1971, 358.

(26) M. Dagot, J.C.P. 1972, II, 16983.

(27) ロシエは、優先契約、売買予約の仮登記に関し後述するアルザス・ロレーヌ法の導入を提案している。Roché, op. cit., Rev. trim. dr. civ., 1955, p. 53.

（たきざわ・いつよ＝法学専任講師）